

WYROK

Warszawa, dnia 13 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **W.Ł. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł. z siedzibą w Szklarach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Bieszczadzki**,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr (2), zarzutu nr (3), zarzutu nr (5), zarzutu nr (6), zarzutu nr (7) w zakresie oferty podstawowej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie oraz przez wykonawcę **W.Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł. z siedzibą w Szklarach**.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W.Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł. z siedzibą w Szklarach** i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W.Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł. z siedzibą w Szklarach**, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 4760/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Bieszczadzki – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja zabytkowych terenów po dawnej rafinerii ropy naftowej w Ustrzykach Dolnych”, numer referencyjny: IZP.272.11.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP00533927/01 z dnia 7 października 2024 r.

W dniu 16 grudnia 2024 r. wykonawca **W.Ł. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł. z siedzibą w Szklarach** wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp. j., ul. Składowa 9D, 38- 400 Krosno (dalej także jako: „PBU Krospol Stachura”);
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PBU Krospol Stachura – mimo, że zawiera

błędy w obliczaniu ceny;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę;

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PBU Krospol Stachura – mimo, że jest niezgodna z przepisami ustawy;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę;

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PBU Krospol Stachura – mimo, że

jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

a w każdym przypadku

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp. j., ul. Składowa 9D, 38-400 Krosno; mimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

- nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującej - **USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł.**, Szklary 10/17, 38-485 Jaślicka, NIP: 64 237 214 2, REGON: 380395981;

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującej

z postępowania pomimo tego, że jej oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny polegającego na przyjęciu błędnej stawki podatku VAT;

(2) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy PBU Krospol Stachura – jako najkorzystniejszej, z jednoczesnym zaniechaniem odrzucenia tego wykonawcy z postępowania pomimo, iż jego wstępna oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT, tj. przyjęcia dla całego zamówienia jednolitej, stawki 23%, niezgodnej z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2024 r. poz. 361 z późn. zm.);

(3) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 Pzp w zw. z art. 187 Pzp, art. 188 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty PBU Krospol Stachura pomimo tego, że w toku prowadzonych negocjacji dokonał on niezgodnej z ustawą, istotnej zmiany treści oferty, w tym kosztorysu ofertowego z dnia 24.10.2024 r. (ofertą z dnia 13.11.2024 r.), w zakresie wyłącznie obejmującej stawkę podatku VAT, z 23% na 8 %, doprowadzając tym samym do zakłócenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, bo prowadząc negocjacje w sposób naruszający ich istotę, dokonując zmiany treści oferty nie polegającej na zaproponowaniu korzystnej dla Zamawiającego, ulepszonej oferty, a polegającej na próbie usunięcia niezgodności i błędu w obliczeniu ceny oferty, i tym samym PBU Krospol Stachura składając ofertę podstawową, dodatkową i wyjaśnienia co do stawki VAT zmierzał do wprowadzenia Zamawiającego w błąd – co stanowi naruszenie **16 Pzp** oraz dokonanie wyboru oferty PBU Krospol Stachura w sposób naruszający **art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp**;

(4) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy PBU Krospol Stachura – jako najkorzystniejszej, z jednoczesnym zaniechaniem odrzucenia tego wykonawcy z postępowania pomimo, iż jego oferta dodatkowa wraz ze zmodyfikowanym kosztorysem (z dnia 13.11.2024 r.) zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT tj. przyjęcia dla zamówienia stawki 23% i 8% niezgodnej z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2024 r. poz. 361 z późn. zm.), w sytuacji, gdy z uwagi na kompleksowy jego charakter powinna zostać przyjęta stawka 8%;

(5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. 16 Pzp w zw. z art. 223 Pzp w zw. z art. 187 Pzp, art. 188 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty PBU Krospol Stachura pomimo tego, że jego oferta podstawowa (24.10.2024 r.) jak i dodatkowa (13.11.2024 r.) są niezgodne z przedmiotem zamówienia. Zmiana oferty zaś nie mogła zostać uznana za dopuszczalną. Zmiana stawki VAT dla tego samego zakresu świadczenia nie jest możliwa do utrzymania przy zachowaniu jego tożsamości charakteru, z uwagi na błędy w tym zakresie pierwotne świadczenie mogło zostać objęte jednolitą stawką VAT przy założeniu jej kompleksowego charakteru. Zmiana stawki VAT i rozdzielenie jej przez Wykonawcę na inne zakresy powoduje konieczność zmiany charakteru świadczenia, a co z tym idzie niezgodność oferty z SWZ;

(6) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty pomimo tego, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w tym poprzez niedopuszczalną manipulację cen;

(7) art. 223 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ofert podstawowych w zakresie stawki VAT;

(8) art. 16 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o:

I. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;

- powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę (oferta podstawowa z 24.10.2024 r. zmienioną dodatkową z dnia 13.11.2024 r.): PBU Krospol Stachura, jako ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny; ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę wnoszę o to aby Izba nakazała Zamawiającemu aby:

- powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę: PBU Krospol Stachura, jako jest niezgodna z przepisami ustawy;

- ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę wnoszę o to aby Izba nakazała Zamawiającemu aby:

- powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę: PBU Krospol Stachura, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę wnoszę o to aby Izba nakazała Zamawiającemu aby:

- powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę: PBU Krospol Stachura, z uwagi na to,

że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

a w każdym przypadku:

- dokonania oceny ofert, oraz wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a, d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. Poz. 2437).

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę W.Ł. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI ŚLUSARSKIE W.Ł. z siedzibą w Szklarach Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 stycznia 2025 r. (pismo z dnia 3 stycznia 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 187 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.

Zgodnie z art. 188 ustawy PZP, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty może, w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie, negocjować z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła, iż zarzuty oznaczone w odwołaniu jako zarzut nr (2), zarzut nr (3), zarzut nr (5), zarzut nr (6), zarzut nr (7) w zakresie oferty podstawowej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie oraz Odwołującą nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, ponieważ były one w ocenie Izby spóźnione. Tym samym została wypełniona przesłanka określona w art. 528 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty, tj. zarzut nr (1), zarzut nr (3), (4), (5) i (6) w zakresie oferty dodatkowej i wyjaśnienia co do stawki VAT złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie, jak również zarzut nr (8) nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności zważy, że odwołanie w zakresie zarzutu nr (2), zarzutu nr (3), zarzutu nr (5), zarzutu nr (6), zarzutu nr (7) w zakresie oferty podstawowej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie oraz Odwołującego miały charakter spóźniony i jako takie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP. Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż okoliczności związane ze stawką VAT w ofercie podstawowej (formularz ofertowy wraz z kosztorysem ofertowym z dnia 24 października 2024 r.) złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie oraz okoliczności związane z zaniechaniem wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. oraz Odwołującego do wyjaśnień ofert podstawowych w zakresie stawki podatku VAT (formularz ofertowy wraz z kosztorysem ofertowym Odwołującego z dnia 17 października 2024 r.), były znane Odwołującemu, poczynwszy od Informacji o zakończeniu negocjacji ofert oraz zaproszenia do składania ofert dodatkowych z dnia 8 listopada 2024 r.

Tym samym, Odwołujący mógł złożyć odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci pisma z dnia 8 listopada 2024 r. skierowanego do Wykonawców, w którym to piśmie Zamawiający wskazał, iż: „zamawiający informuje o zakończeniu negocjacji, które były przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu - zgodnie z art. 275 pkt 2 p.z.p., oraz zaprasza Państwa do złożenia oferty dodatkowej”.

Izba zważy, iż zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zaś w myśl art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący mógł złożyć stosowne odwołanie najpóźniej do dnia 13 listopada 2024 r., a czego nie uczynił w przedmiotowej sprawie.

Z kolei przechodząc do pozostałych zarzutów Odwołującego, tj. zarzutu nr (1), zarzutu nr (3), (4), (5) i (6) w zakresie oferty dodatkowej z dnia 13 listopada 2024 r. złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. i wyjaśnienia co do stawki VAT z dnia 21 listopada 2024 r. złożone przez ww. wykonawcę, jak również zarzut nr (8), są zdaniem Izby niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w dniu 10 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze i odrzuceniu ofert, w tym oferty Odwołującego, przy czym Izba chciałaby podkreślić, iż ze względu na to, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy PZP, wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. oraz odrzucenie oferty Odwołującego odnosiło się do złożonych przez ww. wykonawców ofert dodatkowych.

Izba zważy, iż istota sporu zasadza się na pytaniu, czy w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, czy też nie, w kontekście zastosowanej przez Odwołującego, jak i wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie stawek podatku VAT.

Izba zważy, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Krospol Stachura sp.j. oraz Odwołujący złożyli Zamawiającemu ofertę dodatkową wraz z kosztorysem ofertowym odpowiednio z dnia 13 listopada 2024 r. i 14 listopada 2024 r.

Następnie Zamawiający w dniu 19 listopada 2024 r. wezwał ww. wykonawców na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP do złożenia „wyjaśnienia treści oferty dodatkowej złożonej w postępowaniu”, jednocześnie zobowiązując wykonawców,

iz: „w treści wyjaśnień należy wskazać jakie stawki podatku VAT zastosował Wykonawca, dla każdej z poszczególnych pozycji kosztorysu pomocniczego, sporządzanego przez Wykonawcę” oraz „należy podać podstawę prawną zastosowanej stawki VAT wraz z uzasadnieniem dlaczego Wykonawca stosuje taką stawkę podatku”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 21 listopada 2024 r. wskazał, iż: „ 1. Zastosowałam stawkę Vat w wysokości 8% do całego zadania pn. „Rewitalizacja zabytkowych terenów po dawnej rafinerii ropy naftowej w Ustrzykach Dolnych”.

2. Pragnę zaznaczyć, że **całość zamierzonych prac będzie wykonywana na obszarze 5,7 ha.** Zatem stawką właściwą dla opodatkowania tego świadczenia jest – na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy, w zw.z art. 146aa ust.1 pkt 2 i ust. 1a oraz poz. 52 wskazano PKWiU 81.30 „Usługizwiązane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. załącznika nr 3 do ustawy VAT – stawka podatku w wysokości 8% . Wynagrodzenie całkowite ryczałtowe obejmuje wykonanie wszystkich czynności co zostanie potwierdzone po ukończeniu zadania wystawieniem faktury obejmującej całość zadania. Nie występuje tutaj częściowe fakturowanie poszczególnych etapów. Całość zadania została przez nas potraktowana kompleksowo gdyż przeważająca jego część to są usługi związane z zagospodarowaniem terenu zieleni. Należy podkreślić, że co do zasady, każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedno świadczenie obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka czynności, świadczenie to nie powinno być sztucznie dzielone dla celów podatkowych. **Usługa złożona, składająca się z kombinacji różnych czynności, powinna być zaklasyfikowana jak usługa, która nadaje całości zasadniczy charakter”.**

Z kolei wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. w wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2024 r. wskazał poniższe:

„1) Dział 1. Roboty przygotowawcze

Wykonawca wyjaśnia, iż wymienione w tym dziale kosztorysu usługi mieszczą się w grupowaniu PKWiU 71.12 - » Usługi w zakresie inżynierii i związane z nimi doradztwo techniczne «.

Zdaniem Wykonawcy zatem, stawką właściwą dla opodatkowania tej usługi jest zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2024.361 t.j. z dnia 2024.03.13 z późn. zm.) – podstawowa stawka podatku w wysokości 23%.

2) Dział 2. Zieleni i 3. Roboty ziemne

Wymienione w działach kosztorysu usługi mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.30 - » Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni«.

Zatem, stawką właściwą dla opodatkowania tej usługi jest - na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2024.361 t.j. z dnia 2024.03.13 z późn. zm.) oraz poz. 52 załącznika nr 3 do ww. ustawy – stawka podatku w wysokości 8%.

3) Dział 4. Sprzątanie/utylizacja

Wykonawca wskazuje, iż wymienione w tym dziale kosztorysu usługi, mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.22.12.0 - » Usługi sprzątania specjalistycznego «.

Mając więc na uwadze powyższe usługi, Wykonawca wyjaśnia, iż stawką właściwą dla opodatkowania tej usługi jest - na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2024.361 t.j. z dnia 2024.03.13 z późn. zm.) – podstawowa stawka podatku w wysokości 23%.

W załączeniu do niniejszych wyjaśnień Wykonawca przedkłada kosztorys ofertowy ze wskazaniem zastosowanych stawek podatku VAT”.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, przy czym co należy podkreślić ustawa PZP nie definiuje pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Oznacza to, iż Zamawiającyma zawsze obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w tym błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT, która to stawka niewątpliwie stanowi element cenotwórczy. Należy zaznaczyć, że Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu wyceniali zakres robót określony w kosztorysie ofertowym.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że świadczenie kompleksowe z poziomu podatkowego nie jest zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, a jego wykładnia kształtowana jest w oparciu o orzecznictwo sądów, w tym orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. I tak ETS w wyrok z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise stwierdził, iż: „Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”.

Oznacza to, że w przypadku stwierdzenia, że świadczenie objęte zamówieniem można uznać za świadczenie kompleksowe to w konsekwencji stawkę podatku VAT określa się na zasadach właściwych dla świadczenia głównego. Natomiast w przypadku, gdy świadczenia nie można uznać za kompleksowe to niezbędne jest stosowanie stawek

podatku, określonych dla danych świadczeń (czynności) właściwych tym świadczeniom (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 94/23).

Przechodząc do niniejszej sprawy, Izba zważa, iż przedmiotem zamówienia jest „Rewitalizacja zabytkowych terenów po dawnej rafinerii ropy naftowej w Ustrzykach Dolnych”, gdzie Zamawiający w rozdziale IV ust. 2 (krótki opis przedmiotu zamówienia) SWZ wskazał między innymi, iż:

„2.1 Przedmiotem usług jest:

2.1.1. Roboty przygotowawcze

a) Roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych wraz z wykonaniem inwentaryzacji powykonawczej

2.1.2. Zieleń

a) Ścinanie piłą mechaniczną drzew wraz z utylizacją urobku

b) Mechaniczne karczowanie pni wraz z utylizacją urobku

c) Ręczne ścinanie i karczowanie gęstych krzaków i zakrzaczeń wraz z utylizacją urobku

2.1.3. Roboty ziemne

a) Ręczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu), grubość warstwy do 15 cm, z przewozem taczkami humusu

b) Mechaniczne plantowanie terenu spycharkami gąsienicowymi o mocy 74 kW

c) Głębokie spulchnianie terenu

d) Orka glebogryzarką przyczepną kat. gruntu III

e) Profilowanie i zagęszczenie terenu

f) Wysiew nawozów mineralnych granulowanych i pylistych mechanicznie

g) Perforacyjny obsiew terenu

h) Stabilizujące nawożenie traw z czterokrotnym koszeniem

2.1.4. Sprzątanie/ Utylizacja

a) Posprzątanie budynku nr 1 wraz z utylizacją zawartości”.

Jednocześnie Zamawiający w rozdziale IV ust. 3 SWZ wskazał powody niedokonania podziału zamówienia na części: „W ocenie Zamawiającego nie ma możliwości podziału zamówienia na części – zamówienie ze względów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych tworzy nierozdzielalną całość. Ponadto Zamawiający uważa, że w przypadku podziału zamówienia na części, potrzebna by była koordynacja działań wielu wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, mogłaby zagrozić właściwemu i terminowemu wykonaniu zadania”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stwierdzenie Zamawiającego, że „nie ma możliwości podziału zamówienia na części - zamówienie ze względów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych tworzy nierozdzielalną całość” zdaniem Izby wcale nie oznacza, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że „zamówienie ma charakter kompleksowy” i w związku z tym konieczne jest zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT 8%. Poza tym, jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „w żadnym z dokumentów zamówienia Zamawiający nie określał zamówienia jako usługi kompleksowej”.

W ocenie Izby, roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych wraz z wykonaniem inwentaryzacji powykonawczej oraz usługi porządkowe wraz z utylizacją zawartości są czynnościami (usługami), które można wykonać niezależnie od usługi głównej, jaką jest w ocenie Izby usługa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych wraz z wykonaniem inwentaryzacji powykonawczej oraz usługi porządkowe wraz z utylizacją zawartości muszą być ściśle zintegrowane ze świadczeniem głównym.

Trzeba bowiem zauważyć, że roboty przygotowawcze, w skład którego wchodzi roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych wraz z wykonaniem inwentaryzacji powykonawczej oraz sprzątanie/utylizacja stanowią odpowiednio PKWiU 71.12 – „Usługi w zakresie inżynierii i związane z nimi doradztwo techniczne” i PKWiU 81.22.12.0 – „Usługi sprzątania specjalistycznego”, co do których usług obowiązuje 23% stawka podatku VAT, zaś zieleń (2.1.2 SWZ) i roboty ziemne (2.1.3. SWZ) stanowią PKWiU 81.30 – „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”, co do których usług obowiązuje 8 % stawka podatku VAT (zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług).

Tym samym, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z usługą kompleksową.

Nawet, gdyby uznać, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym (z czym Izba się nie zgadza), to w żadnym wypadku nie wyklucza opodatkowania tych świadczeń różnymi stawkami podatku VAT, tak jak to zrobił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie w ramach oferty dodatkowej w wysokości dwóch stawek podatku VAT, tj. 8% i 23 %, co zresztą jest zgodne z ustawą o podatku od

towarów i usług, ze względu na fakt, że roboty pomiarowe przy powierzchniowych robotach ziemnych wraz z wykonaniem inwentaryzacji powykonawczej oraz usługi porządkowe wraz z utylizacją zawartości nie są objęte 8% stawką podatku VAT.

W związku z powyższym, zdaniem Izby słusznie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego (w ramach złożonej oferty dodatkowej) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Niezależnie od powyższego, Izba zważyła, iż powoływanie się przez Odwołującego na art. 187 ustawy PZP oraz art. 188 ustawy PZP jest niezasadne, ponieważ przepisy te odnoszą się do innego trybu zamówień publicznych, tj. dialogu konkurencyjnego niż przedmiotowe postępowanie, które jest prowadzone w trybie podstawowym z możliwością negocjacji.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż zgodnie z art. 296 ust. 2 ustawy PZP, Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Konkludując, Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż w realiach niniejszej sprawy wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie złożył ofertę dodatkową niezgodną z przepisami ustawy PZP, zawierającą błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie dwóch stawek podatku VAT, czy też, wbrew twierdzeniom Odwołującego, składając ofertę dodatkową dokonał istotnej zmiany treści oferty, jak również, aby oferta dodatkowa ww. wykonawcy była złożona niezgodnie z warunkami zamówienia, a złożone wyjaśnienia z dnia 21 listopada 2024 r. zmierzały do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby, nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie ww. wykonawca nie działał z naruszeniem dobrych obyczajów poprzez, jak twierdzi Odwołujący „manipulowaniem ceną”, zwłaszcza że Odwołujący w treści odwołania w ogóle nie odniósł się do stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że celem działania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Krospol Stachura sp.j. z siedzibą w Krośnie była eliminacja innych wykonawców w postępowaniu, w tym Odwołującego.

Izba zważyła, iż stosownie do art. 553 ustawy PZP, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 3 sentencji, miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio odrzucenia odwołania oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter merytoryczny, ponieważ odnosiło się do oddalenia odwołania.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: